



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 58027/21
ASSUNTO: RECURSO DE REVISTA
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE PONTAL DO PARANÁ
INTERESSADO: FABIANO ALVES MACIEL, GLAUCO MACHADO REQUIÃO, IGOR SILVEIRA, MAURILIO DA SILVA CASTIONI, MUNICÍPIO DE PONTAL DO PARANÁ, PATRICIA PINHEIRO DA SILVA, RAONI BUENO TAVARES, RENATO KOEKE TRAMUJAS, TOP CENTER PONTAL COMERCIO DE UTILIDADES DOMESTICAS LTDA
ADVOGADO / PROCURADOR: LUIZ GUILHERME LEITE, MABEL VIANA DOS SANTOS BRAIANO, PRISCILA SERRA MARCONDES DE SOUZA
RELATOR: CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO Nº 1762/21 - Tribunal Pleno

Recursos de Revista. Acórdão que julgou parcialmente procedente representação da Lei n.º 8.666/93. Dispensa de licitação para aquisição de máscaras de proteção destinadas ao combate à pandemia COVID-19. Irregularidades. Quantitativos superestimados e sobrepreço. Não afastamento dos vícios identificados em sede instrutória. Decisão mantida. Recursos conhecidos e não providos.

I. RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Revista interpostos por Top Center Pontal Comércio de Utilidades Domésticas Ltda. e *Patrícia Pinheiro da Silva* frente ao Acórdão n.º 3910/20 proferido pelo Órgão Pleno desta Corte, que julgou parcialmente procedente Representação da Lei n.º 8.666/93 em razão de irregularidades reconhecidas na Dispensa de Licitação n.º 32/2020 deflagrada pelo Município de Pontal do Paraná, destinada à contratação de empresa especializada no fornecimento de materiais para enfrentamento da pandemia causada pelo coronavírus. A decisão foi no seguinte sentido:

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimidade, em:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

I - Conhecer a presente Representação, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, dar-lhe procedência parcial, em razão da superestimação do quantitativo de máscaras adquiridas na Dispensa nº 32/2020 e sobrepreço na sua aquisição, para fins de determinar:

(i) a aplicação da multa do art. 87, IV, "g" da LOTC à Secretária de Saúde Patrícia Pinheiro da Silva, subscritora do Ofício 797/2020-SMS (peça 27) requisitando a compra de 10 mil máscaras N95/PFF2;

(ii) ao Município de Pontal do Paraná que proceda à rescisão amigável do Contrato nº 77/2020, nos termos do art. 79, inciso II da Lei de Licitações, mediante: a) devolução à empresa Top Center Pontal Com. de Utilidades Domésticas Ltda das 7.800 máscaras não utilizadas e b) pagamento, pelo valor de custo de R\$ 23,96, das 2.200 máscaras já utilizadas a título indenizatório, com fulcro no art. 59, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93;

(iii) a instauração de Tomada de Contas Extraordinária para fins de apuração da responsabilização ressarcitória solidária em face de Fabiano Alves Maciel (autoridade contratante) e de Patrícia Pinheiro da Silva (gestora do contrato), por terem dado causa e/ou concorrido para obrigação de pagamento de 2.200 máscaras em valores (R\$ 23,96 por unidade);

A empresa Top Center sustenta que (i) sagrou-se vencedora dentro do regramento da Lei n.º 8.666/93, (ii) o valor das máscaras fornecidas à municipalidade não foi atribuído de forma aleatória, (iii) não há ilegalidade no contrato firmado entre as partes, (iv) no período de 120 dias foram utilizadas 2.200 máscaras, o que revela o acerto no estabelecimento do quantitativo, (v) não é razoável a determinação para devolução das máscaras a preço de custo (vi) quanto à conclusão de sobrepreço, esta Corte não se baseou em dados técnicos e (vii) o PROCON manifestou-se pela ausência de conduta abusiva praticada pelo fornecedor.

A recorrente *Patrícia Pinheiro da Silva*, por sua vez, sustenta que (i) o processo de dispensa foi instruído com orçamentos de três potenciais fornecedores, (ii) foi priorizada consulta ao Portal de Compras do Governo Federal e (iii) o quantitativo de máscaras tinha o propósito de atender a 272 servidores efetivos, além de empregados terceirizados.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Postulam, desse modo, reforma do acórdão combatido a fim de que seja mantido o contrato firmado com o município, excluída a sanção pecuniária aplicada e afastada a determinação para instauração de Tomada de Contas Extraordinária.

Os recursos foram recebidos, conforme Despacho n.º 157/21-GCAML.

Na sequência, os autos seguiram à Coordenadoria de Gestão Municipal e ao Ministério Público de Contas para manifestação.

A unidade técnica considerou insubsistentes os inconformismos postos diante das questões que levaram à procedência parcial da representação.

Observou que no ofício n.º 797/2020 – SMS (peça 27) a então Secretária Municipal de Saúde estimou a necessidade de aquisição de 10.000 máscaras respiratórias N95, por 3 meses, a serem utilizadas por 272 servidores municipais, mais 10 servidores Cislipa e 27 médicos de empresa contratada:

“No estudo levantado para aquisição das máscaras N95, situação emergencial, para o período de 3 meses, podendo ser prorrogado por período igual, são de 272 servidores municipais (segue anexo relatório do RH), 10 servidores Cislipa, 27 médicos de empresa contratada/Programa Mais Médicos – prestadores de serviços nas Unidades de Pronto Atendimento (2) e Unidades Básicas de Saúde (7). Sendo assim, o cálculo utilizado para troca dos equipamentos durante o mês, é a quantidade de 8 unidades para cada profissional de saúde; em três meses, a utilização é de 7.416. Neste quantitativo ainda não consta a distribuição aos pacientes com sintomas gripais e/ou suspeitos de Covid-19. Tendo em vista as exceções, quando houver a necessidade de troca anterior ao prazo estipulado, a quantia para aquisição foi de 10 mil unidades – dando margens a outros potenciais de atendimento.”

Contudo, o atendimento aos casos de COVID-19 no município concentrou-se na Unidade de Saúde 24hs localizada no Balneário Shangri-lá, inexistindo motivo para aquisição de máscaras N95 a todos os 272 servidores lotados na Secretaria de Saúde.

No que concerne ao quantitativo previsto, destacou não prosperar a assertiva de que no período de 120 dias foram utilizadas 2.200 máscaras, o que revelaria o acerto na mensuração. Ao contrário, esse fato demonstra justamente o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

desacerto da decisão, uma vez que a Secretária de Saúde estimou o uso de 10.000 máscaras para período inclusive inferior a 120 dias, já que conforme se infere do mencionado ofício n.º 797/2020 a estimativa foi feita com base no prazo de 3 meses, ou seja, apenas 90 dias.

Nesse ponto, acrescentou que além de serem direcionadas tão somente aos profissionais designados para o enfrentamento da pandemia, é cediço que as máscaras N95 não são equipamentos descartáveis a cada uso, havendo orientação da ANVISA de que o descarte ocorra somente em hipóteses específicas, o que se revela como mais um fator que deveria ter sido considerado pelo órgão licitante quando da elaboração de seus quantitativos.

Prosseguiu indicando que o preço fixado na dispensa n.º 32/2020 foi de R\$ 32,30 por unidade, enquanto que o valor de mercado apurado pela Comissão de Acompanhamento de gastos do COVID19 deste Tribunal, mediante pesquisa junto ao Painel de Preços do Governo Federal (realizada entre 01/05/2020 a 30/06/2020), chegou a R\$17,11. Denota-se, com isso que o valor adotado na contratação feita pela administração local foi quase o dobro do adotado pelo mercado. O comparativo também se confirma diante de situação semelhante experimentada por outros municípios paranaenses, a exemplo de Maringá, Fazenda Rio Grande e Londrina, em que a mesma máscara foi adquirida, respectivamente, pelos valores de R\$ 10,45 (dispensa n.º 79/2020); R\$ 15,28 (pregão eletrônico n.º 48/2020) e R\$ 11,00 (dispensa n.º 48/2020).

Sobre a defesa de que o PROCON teria se manifestado pela ausência de conduta abusiva praticada pelo fornecedor, reiterou o contido no acórdão recorrido, onde registrou-se que o Tribunal de Contas levou em consideração a possibilidade de escolha entre várias empresas existentes no mercado, a fim de se obter valores mais vantajosos face à situação de emergência, ao passo que a decisão proferida pelo PROCON ateu-se à situação específica da empresa Top Center Pontal Comércio de Utilidades Domésticas Ltda. que, no viés daquele órgão, já teria adquirido o produto por valores elevados (não os possuía em estoque), o que desconfiguraria a conduta abusiva de sua parte. Todavia, o entendimento do PROCON não tem o condão de contrapor-se às constatações da equipe técnica deste Tribunal, pautadas na pesquisa de preços efetuada pela



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Comissão de Acompanhamento de gastos do COVID-19, a qual se baseou em fontes oficiais e se mostra condizente com os valores de mercado obtidos por outros entes municipais.

Finalmente, salientou que o fato de a administração não ter cumprido seu dever de verificar a economicidade dos preços ofertados em processo de dispensa não isenta de responsabilidade a empresa contratada por eventual sobrepreço constatado no contrato, uma vez que a obrigação de seguir os preços praticados no mercado se aplica tanto à administração pública quanto aos colaboradores privados, pois ambos são destinatários do regime jurídico administrativo relativo às contratações públicas.

Desse modo, posicionou-se pelo desprovemento dos recursos (peça n.º 115).

O Ministério Público corroborou o entendimento da CGM (peça n.º 116).

II. FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Analisando-se os elementos contidos no processo, confirma-se que a insurgência recursal não procede.

Infere-se que as informações e argumentos constantes nos apelos são insuficientes para infirmar as conclusões havidas no julgamento inicial a respeito da ocorrência de sobrepreço e superestimação no quantitativo de máscaras a serem adquiridas pelo Município de Pontal do Paraná.

Os termos da instrução probatória permanecem hígidos e demonstram o equívoco na condução da contratação direta.

A estimativa do orçamento se deu levando em conta apenas pesquisa de mercado com três potenciais fornecedores - Belmar Distribuidora de Materiais, Top Center Pontal Comércio e KSN Proteção. No caso da busca procedida junto ao Portal de Compras do Governo Federal conforme alegado, deve-se compreender que restou inócua, pois a empresa detentora do menor preço proposto - Maria Clara Soares ME - não possuía as máscaras para entrega.

Assim, a administração contratante limitou-se a um campo muito pequeno para garantir a seleção da proposta que lhe fosse mais vantajosa, ainda



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

mais no atual momento de grande oscilação de preços em função da pandemia. Poderia ter se valido da diversidade de outros instrumentos colocados à sua disposição, como pesquisa publicada em mídia especializada, sites especializados ou de domínio amplo, contratações similares de outros entes públicos e banco de preços em saúde.

Acerca do número de máscaras calculado, além de tudo quanto exposto acima, a Coordenadoria de Gestão Municipal - CGM bem anotou que enquanto o Município de Pontal, com população estimada em 27.284 habitantes (segundo IBGE), buscou a aquisição de 10.000 máscaras N95, o Município de Almirante Tamandaré, com população de 103.204 habitantes, adquiriu a quantidade de 5.000 máscaras N95 mediante o processo de dispensa n.º 06/2020 e o Município de Bandeirantes, com população estimada de 31.367 habitantes, adquiriu a quantidade de 500 máscaras N95 segundo demanda n.º 189397 formulada junto ao Canal de Comunicação desta Corte, o que representa indiscutivelmente excesso no volume da compra.

No que se refere à posição da empresa contratada dentro das inconformidades encontradas, trago trechos de elucidativo precedente do Tribunal de Contas da União (Acórdão n.º 1304/2017-Plenário, proferido nos autos n.º 023.274/2009-0 de Tomada de Contas Especial):

Não se pode olvidar que o contrato administrativo é espécie do gênero contrato, em que a vontade do contratado também é relevante para a formação do vínculo. Apesar de ele se submeter a potestade do Estado no que concerne às cláusulas e às disposições formais do ajuste - a minuta do contrato é parte do edital -, a vontade do contratado se faz plena na decisão de participar da licitação ou de ser contratado diretamente e na oferta da proposta de preço.

Dessa forma, o particular responde plenamente por essa manifestação voluntária tendente ao aperfeiçoamento do vínculo contratual, podendo a sua proposta ser desclassificada por sobrepreço ou por inexequibilidade. Mais ainda, firmada a avença, a vontade do contratado se integra à da Administração, motivo pelo qual ele também responde por eventual superfaturamento.

(...)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Ainda que a Administração, por meio de seus agentes, tenha incorrido em erro, ao definir, no Pregão Presencial 10/2006, um orçamento-base superestimado, a conduta da empresa contratada de propor preços acima dos valores de mercado constituiu ato ilícito, na medida em que infringiu o dever jurídico preceituado no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Tal comportamento foi concausa relevante do prejuízo causado ao erário, pois sem ele não teria havido o superfaturamento.

Ainda que os preços ofertados pelas distribuidoras de medicamentos estivessem em consonância com os limites fixados no orçamento-base do certame, é de se ressaltar que, se por um lado orçamento estimativo da licitação serve de parâmetro para apreciação das propostas da licitação, por outro, torna-se necessário, para que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, ou seja, que os preços praticados na licitação e no referido orçamento reflitam os paradigmas de mercado, caso contrário, caberá a responsabilização solidária da empresa contratada – beneficiária dos valores superestimados - com os agentes públicos que praticaram os atos irregulares.

Embora o valor orçado pela administração se situe além dos preços praticados no mercado, o particular poderia ofertar proposta aderente aos valores de mercado. Reiterada jurisprudência desta Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 454/2014-Plenário, da lavra do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, e do Acórdão 619/2015-Plenário, relatado pelo Ministro Vital do Rêgo, tem entendido que *“não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes, haja vista incidir, no regime de contratação pública, regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade por órgãos de controle interno ou externo da Administração Pública. Sem embargo, sua responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992”*.

Os contratos administrativos encontram-se subsumidos ao princípio da legalidade, de maneira que os direitos e obrigações gerados pelo ajuste não podem se sobrepor à norma legal. Assim, diferentemente da esfera do direito privado - em que as relações são regidas pelo princípio da não contradição à lei, podendo o particular fazer tudo o que não lhe é vedado pelo ordenamento jurídico -, as relações estabelecidas pelo Poder Público devem estar, necessariamente, subordinadas ao direito positivado, somente sendo legítimo fazer o que é expressamente previsto na legislação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(...)

Nesse sentido, recentemente o Supremo Tribunal Federal manteve condenação de ressarcimento ao erário imposta pelo TCU à empresa contratada pela Administração Pública. Tal decisão foi adotada no âmbito do Mandado de Segurança 29.599, impetrado por uma empreiteira com o objetivo de anular ato do Tribunal de Contas da União, o qual condenou a empresa a devolver valores ao erário em razão de superfaturamento de preços.

Naquele julgado, a situação era análoga ao caso em apreciação, pois o particular alegava exatamente ter participado de regular processo licitatório, tendo cumprido todas as especificações do edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados. Assim, a contratada entendia não haver nenhuma ilegalidade em sua conduta e que o TCU não possuía competência constitucional para promover alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato. Porém, ao contrário do que afirmara a construtora, entendeu o STF que ela não foi condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas a restituição aos cofres públicos da diferença dos valores em que se identificou o sobrepreço na forma calculada pelo TCU.

É relevante citar também decisão monocrática do Ministro Luiz Fux no âmbito do MS 30.924, em que o consórcio contratado para executar obra de usina hidrelétrica buscava a anulação do item 9.4 do Acórdão 2.234/2011 do Plenário do TCU, o qual teria determinado a retenção de parte do preço contratado entre o consórcio impetrante e a empresa Furnas Centrais Elétricas S.A. Entre outros pontos, a inicial do writ argumentava que o TCU não poderia interferir no conteúdo econômico-financeiro do contrato para impor unilateral e retroativamente os preços teóricos calculados pelos seus técnicos, inclusive com relação a serviços já executados e pagos.

O pedido formulado foi denegado pelo relator, que entendeu não haver “dúvidas de que o Tribunal de Contas pode exercer controle de economicidade de atos administrativos, sem que se possa vislumbrar nisso qualquer inconstitucionalidade”. Ademais, foi reconhecido que o Tribunal de Contas pode determinar a retenção de valores contratados em sede cautelar, conforme o inciso IX do art. 71 da Lei Maior.

Frise-se que nos presentes autos à empresa ora recorrente não foi imputada qualquer sanção ou responsabilização pelos fatos, conforme se infere dos itens I.(i) e I.(iii) da parte dispositiva do acórdão desafiado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Ante o exposto, acompanho os opinativos técnico e ministerial e VOTO pelo conhecimento e não provimento dos recursos, mantendo-se inalterado o Acórdão n.º 3910/20-TP.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO DE REVISTA

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em:

I. Conhecer e negar provimento aos recursos, mantendo-se inalterado o Acórdão n.º 3910/20-TP.

II. Após transitada em julgado a decisão, encaminhar os autos à Diretoria de Protocolo para a inversão dos processos e posterior remessa ao Relator originário, competente para a execução nos termos do § 3º do art. 32 do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 22 de julho de 2021 – Sessão Virtual nº 12.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL
Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO
Presidente